Sygn. akt: KIO 3613/21

WYROK

z dnia 30 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: „Izan +" Sp. z o. o. ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3613/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 226 ust. 10 Pzp, poprzez dokonanie poprawienia treści oferty i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o. oraz nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1, 2, i 6;

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1,2 i 6;
w pozostałym zakresie oddala zarzuty przedstawione w odwołaniu;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Śląski Urząd Wojewódzki

w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice w wysokości % kosztów

postępowania i wykonawcę „Izan +" Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków w

wysokości % kosztów postępowania, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „Izan +" Sp. z o. o. ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę „Izan +" Sp. z o. o., ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej,

2.2. zasądza od zamawiającego: Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, ul. Jagiellońska 25, 40 -032 Katowice na rzecz wykonawcy: „Izan +" Sp. z o. o. ul. Żabiniec 46, 31-215 Kraków kwotę 13 963 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą % kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący .....

Sygn. akt: KIO 3613/21

Uzasadnienie

Zamawiający, Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Usługa kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 października 2021 roku pod numerem: 2021/S 206-537664. Zamówienie zostało podzielone na 9 zadań częściowych

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2021 r. poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia.

Wykonawca „IZAN+" Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej „Pzp" wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ZADANIU NR 1, ZADANIU NR 2, ZADANIU NR 3, ZADANIU NR 6, błędną ocenę ofert w kryterium certyfikatu jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania usług, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o.; poprawienia oferty Impel System Sp. z o.o. oraz Impel Facility Services sp. z o.o. w zakresie stawki podatku VAT.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z pozycją nr 50 i 52 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 t.j. z dnia 2021.04.14) oraz art. 41 ust. 1 i 2 i art. 146aa ust. 1 i 1a ustawy o podatku od towarów i usług, poprzez zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Impel w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny albowiem wykonawca ten zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

- art. 223 ust.1 i 2 pkt 3) Pzp, poprzez poprawienie w ofercie Konsorcjum Impel stawki podatku VAT na usługi odśnieżania i utrzymania, pielęgnacji terenu zielonego, w sytuacji gdy zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej albowiem wykonawca sam miał ustalić, które usługi objęte zamówieniem sąd opodatkowane stawką podatku VAT 23%, a które stawką podatku VAT 8%;

- art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum Impel zbyt wysokiej liczby punktów - tj. o 10 punktów za dużo, w kryterium certyfikatu jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania usług, w sytuacji gdy Certyfikat ISO 14001 nie spełnia wymogów Zamawiającego, gwarantowania jakości usług w zakresie

zarządzania i utrzymania czystości albowiem jest certyfikatem potwierdzającym wdrożenie systemów zarządzania środowiskowego, a nie jakościowego;

- art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie

Konsorcjum Era zbyt wysokiej liczby punktów - tj. o 10 punktów za dużo, w sytuacji gdy certyfikat Gwarant Czystości i Higieny przedstawiony przez wykonawcę nie spełnia wymogu Zamawiającego, albowiem nie został on wydany przez jednostkę certyfikującą/akredytującą w zakresie jej akredytacji i z treść certyfikatu nie wynika, że certyfikat ten potwierdza jakość usług zarządzania i utrzymania czystości, a jedynie, że potwierdza wymogi Programu Gwarant Czystości i Higieny, które nie są wskazane w treści certyfikatu.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - Zakres akredytacji jednostki certyfikującej systemy zarządzania wydany dla TUV RHEILAND POLSKA Sp. z o.o. - na fakt, że TUV RHEILAND POLSKA sp. z o.o. jest jednostką akredytującą jedynie w zakresie: Certyfikacji Systemu Zarządzania Jakością: PEN-EN ISO 9001:2015-10, Certyfikacji Systemu Zarządzania Środowiskowego PNEN ISO 14001:2015-09.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie ZADANIA NR 1, ZADANIA NR 2, ZADANIA NR 3, ZADANIA NR 6,

- odrzucenia oferty Konsorcjum Impel System sp. z o.o., Impel Facility Services sp. z o.o. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny w zakresie ZADANIA NR 1, ZADANIA NR 2, ZADANIA NR 3, ZADANIA NR 6;

- obniżenia punktacji w kryterium oceny ofert w zakresie ZADANIA NR 1 Konsorcjum Era oraz Konsorcjum Impel o 10 punktów;

- obniżenia punktacji w kryterium oceny ofert w zakresie ZADANIA NR 2 Konsorcjum Era oraz Konsorcjum Impel o 10 punktów;

- obniżenia punktacji w kryterium oceny ofert w zakresie ZADANIA NR 3 Konsorcjum o 10 punktów;

- obniżenia punktacji w kryterium oceny ofert w zakresie ZADANIA NR 6 Konsorcjum Era o 10 punktów;

- dokonania ponownej oceny ofert.

Zarzut nr 1 i 2

W ramach Zadania nr 1, 2, 3 i 6 wykonawcy mają wykonywać usługę utrzymania terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem. Usługi polegające na odśnieżaniu, jak i usługi polegające na utrzymaniu, pielęgnacji terenu zielonego są opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 8%. Stawkę 8% stosuje się do usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 t.j. z dnia 2021.04.14). Pod pozycją 50 tego załącznika wymieniono usługi usuwania śniegu 50 zaś pod pozycją 52 tego załącznika - usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Konsorcjum Impel w ofertach na zadania nr 1, 2, 3, 4 i 6 zastosowało nieprawidłową stawkę podatku VAT, tj. 23%.

Ustawodawca w art. 41 (w związku z art. 146aa ust. 1 i 2 w/w ustawy o podatku od towarów i usług wskazał, jakie są obowiązujące, a więc prawidłowe stawki podatku VAT.

Nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku VAT nawet podstawowej stanowi błąd w obliczeniu ceny i powinno prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (wyrok KIO z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20, wyrok KIO z dnia 7 października 2021 roku, KIO 2652/21).

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2021 r. wykonawca, przyznał, że w ofercie zastosowano błędną stawkę podatku VAT.

W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał poprawienia ofert Konsorcjum Impel w zakresie ZADANIA NR 1, ZADANIA NR 2, ZADANIA NR 3, ZADANIA NR 6 w ten sposób, że zmienił zastosowaną przez tego wykonawcę stawkę podatku VAT z 23 % na 8%, w zakresie usług dotyczących terenów zielonych.

Odwołujący wskazał, że w formularzu ofertowym oraz SWZ Zamawiający podał dwie stawki podatku VAT, które powiem zastosować wykonawca, bez określania, która stawka

jest prawidłowa dla konkretnych usług objętych zamówieniem. Wykonawca sam powinien dokonać ustalenia, która z w/w stawek jest prawidłowa dla poszczególnych usług objętych zamówieniem.

W formularzu ofertowym Konsorcjum Impel przekreślił (jedną z podanych przez Zamawiającego w formularzu) stawkę podatku VAT tj. 8% i dla całości usług zastosował

23%.

Zamawiający powinien odrzucić oferty zawierające błędną stawkę podatku VAT. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 (sygn. akt III CZP 52/11), błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust.

2 pkt 3 ustawy Pzp ( obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp).Skoro Zamawiający nie

przyporządkował ani w SWZ, ani w formularzu ofertowym do konkretnych usług stawek podatku VAT, to nie podlegają one poprawie.

Podanie błędnej stawki podatku VAT nie stanowi omyłki rachunkowej, która polegać może jedynie na błędnym przeliczeniu danych zawartych (podanych) w treści oferty. Zamawiający nie może zmienić wartości wpisanej w pozycję formularza oferty gdy wartość ta nie jest możliwa do wyliczenia na podstawie danych zawartych w tej ofercie i twierdzić, że dokonuje poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie wykonawcy.

Zarzut nr 3

Zamawiający w SWZ (rozdział IX pkt 3 ppkt 1 oraz rozdział XVIII pkt 2b) wymagał od wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego na kryterium oceny ofert - Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości - wydany przez jednostkę oceniającą. Zamawiający postanowił, że wykonawca posiadający jeden certyfikat gwarantujący jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 10 punktów. Wykonawca posiadający dwa certyfikaty gwarantujące jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 20 punktów.

Dodatkowo, w odpowiedziach z dnia 29 października 2021 r. na pytanie 27, Zamawiający potwierdził, że będzie oceniał jedynie certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostki akredytujące, oceniające.

Zamawiający wymagał certyfikatu jakości, czyli jak sama nazwa wskazuje Certyfikatu Zarządzania Jakości ISO 9001. Norma ta zawiera zestaw wymagań odnoszących się do systemu zarzadzania jakością przedsiębiorstwa.

A. Konsorcjum Impel załączyło wraz z ofertą 2 certyfikaty:

Certyfikat ISO 9001 - certyfikat zarządzania jakością w zakresie: Ochrony osób i mienia. Zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości. Certyfikat ten spełnia wymagania Zamawiającego.

Certyfikat ISO 14001 - certyfikat systemów zarzadzania środowiskowego w zakresie: zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości. Certyfikat PN-EN ISO 14001:2015 jest certyfikatem zarządzania środowiskowego a nie jakości.

Certyfikat ten nie jest certyfikatem jakości, dlatego wykonawca nie powinien otrzymać za niego punktów, albowiem certyfikat ten odnosi się do aspektów środowiskowych, a nie jakościowych. W konsekwencji wykonawca nie powinien otrzymać za ten certyfikat 10 punktów.

B) Konsorcjum Era załączyło do oferty 2 certyfikaty:

Certyfikat ISO 9001 - certyfikat zarządzania jakością w zakresie: Bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia, monitoring, konwojowanie, techniczne zabezpieczenie mienia i usługi czystościowe. Certyfikat ten spełnia wymagania Zamawiającego.

Gwarant Czystości i Higieny - certyfikat branżowy w zakresie: świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością ogólną.

Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny jest wydawany przez jednostką TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. Jednostka ta jest uprawniona przez Polskie Centrum Akredytacji jedynie do certyfikacji systemu zarządzania jakością ISO 9001 oraz certyfikacji systemu zarządzania środowiskowego ISO :14001:2015-09. Gwarant Czystości i Higieny nie

jest certyfikatem wydanym przez jednostkę akredytująca w zakresie uprawnień do akredytacji, co potwierdza ZAKRES AKREDYTACJI JEDNOSTKI CERTYFIKUJĄCEJ SYSTEMY ZARZĄDZANIA WYDANY DLA TUV RHEILAND POLSKA SP. Z 0.0.

W Polsce jedyną krajową jednostką akredytującą jest Polskie Centrum Akredytacji (PCA). Krajowa jednostka akredytująca jest to jedyna w danym państwie członkowskim (UE) jednostka, udzielająca akredytacji na podstawie upoważnienia udzielonego jej przez państwo. Każde państwo członkowskie wyznacza nie więcej niż jedną krajową jednostkę akredytującą. PCA prowadzi procesy akredytacji, sprawuje nadzór m.in. nad jednostkami certyfikującymi wyroby, systemy zarządzania i osoby na mocy ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 r (Dz.U.2021.514 t.j. z dnia 2021.03.22) o systemie oceny zgodności i nadzoru rynku oraz prowadzi wykaz akredytowanych jednostek oceniających zgodność.

TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. w Zabrzu, otrzymało od Polskiego Centrum Akredytacji możliwość akredytacji jedynie w zakresie: systemu zarządzania jakością ISO 9001 oraz systemu zarządzania środowiskowego ISO 14001.

Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wydany jest zatem przez jednostkę, która nie posiada akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji w tym zakresie.

Zgodnie z rozdział XVIII pkt 2b SWZ Do oceny oferty w tym kryterium (certyfikat

jakości usług w zakresie zarządzenia i utrzymania czystości) Zamawiający przyjmie certyfikaty złożone wraz z ofertą. Co więcej, z treści certyfikat Gwarant Czystości i Higieny wynika jedynie, że Era sp. z o.o. spełnia wymogi Programu Gwarant Czystości i Higieny.

W związku z powyższym Konsorcjum Era nie powinno otrzymać punktów za ten certyfikat.

Podsumowując, Odwołujący wskazał:

- w zakresie ZADANIA NR 1:

Konsorcjum Impel powinno otrzymać w kryterium oceny ofert o 10 pkt mniej tj. łącznie 87,98 pkt oraz Konsorcjum Era - o 10 pkt mniej tj. łącznie 83 pkt, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w tym zadaniu jest oferta Odwołującego z łączną punktacją 90 pkt.

- w zakresie ZADANIA NR 2:

Konsorcjum Impel powinno otrzymać w kryterium oceny ofert o 10 pkt mniej tj. łącznie 87,81 pkt, Konsorcjum Era powinno otrzymać w kryterium oceny ofert o 10 pkt mniej tj. łącznie 80,32 pkt, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w tym zadaniu jest oferta Odwołującego z łączną punktacją 90 pkt.

- w zakresie ZADANIA NR 3:

Konsorcjum Era powinno otrzymać w kryterium oceny ofert o 10 pkt mniej tj. łącznie 86,38 pkt, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w tym zadaniu jest oferta Odwołującego z łączną punktacją 90 pkt.

- w zakresie ZADANIA NR 6:

Konsorcjum Impel powinno otrzymać, w kryterium oceny ofert o 10 pkt mniej tj. łącznie 85,70, a w konsekwencji ofertą najkorzystniejszą w tym zadaniu jest oferta Odwołującego z łączną punktacją 90 punktów.

Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o. ARS Medica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3613/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołującego i wnosi o oddalenie odwołania w całości, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zarzut nr 1 -2

W związku z tym, że przedmiotowa usługa obejmuje zarówno sprzątanie tzw. wewnętrzne jak i zewnętrzne (szczegółowy opis zakresu realizacji przedmiotu zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia stanowiący załączniki 2.1. 2.2, 2.3 i 2.6 do SWZ, odpowiednio do zadań częściowych 1, 2, 3 i 6, Zamawiający zobowiązał wykonawców do

zastosowania obliczenia ceny ofertowej z zastosowaniem stawek podatku VAT 8% i 23%. Wynikało to z postanowień SWZ: rozdział XIV ust. 4 SWZ w brzmieniu: „Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 8 % i 23%" i formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ: zmiany SWZ z dnia 29 października 2021 r. - wprowadzony został zapis zobowiązujący do wskazania ceny netto i brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz wskazanie wartości zastosowanego podatku VAT 8% i 23%.

Konsorcjum Impel złożyło oferty na zadania częściowe nr 1, 2, 3 i 6, w których wykazało zastosowanie stawki podatku VAT wyłącznie 23%. W toku badania i oceny ofert Zamawiający na podstawie art. 223 ust.1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) zażądał od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, wskazując, że zakres czynności przewidzianych w ramach przedmiotowej usługi dotyczył w niewielkim wprawdzie zakresie, ale także usług, które wg PKWiU (81.29.12.0 usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu; 81.30.12.0 usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zielonych), mogą być objęte preferencyjną stawką 8% podatku od towarów i usług. Ponadto, Zamawiający zwrócił się o wskazanie elementów składowych ceny wartości netto, z uwzględnieniem podziału na dwa obszary sprzątania tj. obszar wewnętrzny i zewnętrzny (odrębnie do każdego z zadań częściowych).

Z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel w dniu 30 listopada 2021 r. wynika, że wykonawca zidentyfikował, iż do zamówienia w części tereny wewnętrzne znajduje zastosowanie stawka VAT 23% a w części tereny zewnętrzne stawka 8%. Wykonawca wyjaśnił, że kalkując cenę oferty dokonał analizy opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SWZ, w wyniku której doszedł do przekonania, że na przedmiot zamówienia składają się dwa zasadnicze elementy zamówienia tj. utrzymanie trenów wewnętrznych (wnętrza budynków) oraz utrzymanie terenów zewnętrznych (placów, parkingów, chodników, trawników oraz innych terenów zielonych przyległych do budynków wskazanych w SWZ). Wykonawca wyceniając usługę poddał badaniu jej charakter. Zgodnie z posiadaną wiedzą w zakresie prawa podatkowego, w tym zwłaszcza orzecznictwa ukształtowanego na kanwie ustawy o podatku od towarów i usług (ustawa o VAT), gdzie wyróżnia się szczególny rodzaj usługi tj. usługę kompleksową, do której zastosowanie znajduje jednolita stawką podatku VAT, wykonawca rozstrzygnął kwalifikację zamówienia ze względu na jego charakter, poddał ocenie wzajemne oddziaływanie czynności wymaganych w ramach zobowiązania umownego oraz cel, któremu owe czynności służą. Dopiero na tej podstawie uznał, że utrzymanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie terenów wewnętrznych są dwoma odrębnymi grupami czynności służącymi różnym celom. Zamówienie pomimo, iż w swojej nazwie posługuje się zwrotem kompleksowe, a w treści opisu przedmiotu zamówienia czyni wspólnymi niektóre elementy dotyczące organizacji zamówienia (np. brak wyodrębnienia na zespół osób wykonujący wyłącznie czynności w budynkach i poza budynkami), to nie formułuje jednak wspólnego i jednolitego celu, któremu owe czynności mają służyć. Wobec powyższego, podążając za obowiązującą w prawie podatkowym i wynikającą również z orzecznictwa TSUE zasadą niezależności każdego ze świadczeń Wykonawca uznał, że obliczenie ceny ofertowej wymaga ustalenia, jaka stawka podatku VAT znajduje zastosowanie do czynności wpisujących się w utrzymanie terenów wewnętrznych, a jaka stawka podatku VAT znajduję zastosowanie do terenów wewnętrznych. Przywołane powyżej zapisy SWZ wykonawca odczytał jako zobowiązanie do zastosowania dwóch stawek podatkowych do obliczenia ceny brutto oferty. Ostatecznie wykonawca przyznał, że podczas przygotowywania ofert został popełniony błąd polegający na tym, że obliczenie ceny ofertowej następowało z wykorzystaniem formularza kalkulacyjnego służącego do wyliczenia ceny ofertowej. Formularz ten podczas kalkulacji ceny ofertowej przeliczył wartość netto z zastosowaniem stawki 23%, a nie jak zostało mu zadane 23% i 8%. Wynik ww. wyliczenia został następnie przeniesiony do formularzy ofertowych i nie został sprawdzony przez osobę sporządzającą formularz, która nie będąc zaangażowaną w wyżej opisaną analizę podatkową zamówienia, nie miała podstaw przypuszczać lub podejrzewać, że wpisana do formularza ofertowego kwota VAT i cena brutto zawierają omyłkę.

W wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2021 r. wykonawca wskazał, jaką wartość w cenie netto za realizację poszczególnych zadań stanowi cena za obsługę terenów zewnętrznych, a jaką cena za obsługę terenów wewnętrznych.

Zamawiający z uwagi na treść postanowień SWZ zobowiązujących wykonawców do zastosowania ww. stawek podatku VAT oraz wobec wyjaśnienia złożonego przez wykonawcę uznał, że Konsorcjum Impel popełnił inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentacją zamówienia, tj. omyłkę polegającą na zastosowaniu niewłaściwej metody obliczeń pomimo prawidłowego ustalenia stanu prawnego i faktycznego sprawy. Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom wykonawcy, co do sposobu identyfikacji zamówienia ze względu na podatek VAT. Ze względu na treść ww. wyjaśnień, ale również ze względu na fakt, że ww. wykonawca aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego umowę na identyczny przedmiot zamówienia przy zastosowaniu stawek podatku VAT 8% i 23% Zamawiający

ocenił, że wyjaśnienia są wiarygodne. Spójność wyjaśnień co do kwalifikacji usługi ze względu na VAT ze sposobem fakturowania aktualnie realizowanego zamówienia o identycznym przedmiocie, potwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca popełnił inną omyłkę. Dotychczasowe zachowanie ww. wykonawcy (fakturowanie usługi z zastosowaniem stawki 8% i 23%) oraz treść złożonych wyjaśnień świadczą, iż ww. wykonawca prawidłowo kwalifikuje zobowiązania podatkowe. W związku z powyższym, ze względu na zawartą w treści SWZ instrukcję, zgodnie z którą do obliczenia ceny ofertowej brutto należy zastosować stawki podatku VAT 8% i 23% Zamawiający poprawił ofertę Konsorcjum Impel w zadaniach nr 1- 6.

Powyższa poprawa omyłki nie skutkuje istotną zmianą treści oferty, nie wpływa na ocenę i kwalifikację ofert w rankingu ofert. Zmiana ceny Konsorcjum Impel nie powoduje, że wykonawca ten uzyskuje korzystniejszą ocenę w kryterium cena. Natomiast cena brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia w każdym z poszczególnym zadań uległa

nieznacznemu zmniejszeniu.

Zamawiający wyjaśnił, że decyzję powyższą podjął w oparciu o ugruntowaną linię orzeczniczą w zakresie dotyczącym kwestii: kiedy i w jaki sposób należy poprawić w ofercie nieprawidłową stawkę VAT (wyrok z dnia 27 kwietnia 2021 r. KIO 760/21). Z ugruntowanej linii orzeczniczej wynika, że wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę w trybie art. 223 ust.1 Pzp stanowią jego oświadczenie woli, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Co do kwestii możliwości dokonania poprawy stawki podatku VAT Krajowa Izba Odwoławcza kierowała się stanowiskiem wynikającym z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 i III CZP 53/11. Zgodnie z nim w wypadku wskazania w SWZ stawki podatku VAT(co miało miejsce także w przedmiotowym postępowaniu), to rola Zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i ewentualnego rozważenia zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, jeśli zaistnieją przesłanki ku temu. Naturalnie inaczej jest, gdy Zamawiający stawki podatku nie wskazał, to wtedy na wykonawcach spoczywa obowiązek ustalenia prawidłowej stawki. Podkreślić należy za stanowiskiem Sądu Najwyższego, wskazanym w tych uchwałach, że podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest SWZ. Na podstawie zawartych w nim warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W SWZ

Zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem, Zamawiający w SWZ w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzać się do poprawienia oferty. Jeżeli jednak Zamawiający, opisując w SWZ sposób obliczenia ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Jednocześnie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Jeśli więc poprawienie nie jest możliwe powinno to skutkować odrzuceniem oferty. Podkreślić należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym, stawka VAT określona została w rozdziale XIV ust. 4 SWZ oraz w formularzu ofertowym stanowiący załącznik nr 1 do SWZ.

W przywołanym orzeczeniu, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, że aby Zamawiający mógł dokonać poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, to omyłki powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy Zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału Wykonawcy. Taki wymóg dotyczy tylko oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych.

W przypadku innych omyłek o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, skuteczność czynności poprawy omyłki jest uzależniona od zgody na poprawę przez wykonawcę (tu: zgoda wykonawcy została wyrażona pismem z dnia 2 grudnia 2021 r.), natomiast przy poprawie oczywistych omyłek taka zgoda wykonawcy nie jest wymagana.

Należy zwrócić także uwagę na błędną interpretację Odwołującego, który przywołując ten sam wyrok Sądu Najwyższego wyciąga niewłaściwe wnioski na podstawie wyrwanych z kontekstu stwierdzeń, które wypaczają sens przedmiotowej sprawy. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie poprawy omyłki opisanej powyżej, nie uwzględniając uwarunkowań tej poprawy oraz zarzuca Zamawiającemu, że ten błędną stawkę VAT zaliczył do kategorii omyłki rachunkowej, a to nie miało miejsca (inna omyłka). Błędne jest także twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie mógł dokonać poprawy oferty na podstawie treści nie wynikających z treści formularza ofertowego (czyli w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy złożone w trybie art. 223 ust.1 Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający dokonując poprawy ofert na podstawie

art. 223 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 i 2 pkt 3).

Zarzut nr 3 -4

W IX rozdziale ust 3 pkt 1 SWZ Zamawiający określił, że przedmiotowym środkiem dowodowym, który wykonawca składa wraz z ofertą ma być certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości, wydany przez jednostkę oceniającą.

Zamawiający zaznaczył, że dokument ten składa wykonawca chcący uzyskać punkty w kryterium: certyfikat jakości usług. Ponadto, z uwagi na charakter przeznaczenia tego dokumentu (stanowić miał podstawę do oceny oferty), Zamawiający założył, że nie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia (rozdział IX ust 3 pkt 2 SWZ).

W rozdziale XVIII ust 2 pkt b Zamawiający opisał zasady oceny ofert według ustalonego kryterium „Certyfikatu jakości usług":

„Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez

jednostkę oceniająca - J - w tym kryterium punkty zostaną przyznane według następującej zasady: Wykonawca posiadający jeden certyfikat gwarantujący jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 10 punktów. Wykonawca posiadający dwa certyfikaty gwarantujące jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 20 punktów. Do oceny oferty w tym kryterium Zamawiający przyjmie certyfikaty złożone wraz z ofertą. W przypadku braku certyfikatu/ów w złożonej ofercie Zamawiający nie przyzna punktów w tym kryterium. W przypadku złożenia więcej nić dwóch certyfikatów, Wykonawca otrzyma maksymalną liczbę punktów tj. 20".

Konstruując takie pozacenowe kryterium oceny, założeniem Zamawiającego było uzyskanie jak najlepszej jakości usługi sprzątania, realizowanej przez podmiot realizujący tę usługę na jak najwyższym poziomie. Zamawiający dał pełną swobodę wykonawcom, dopuszczając wszelkie certyfikaty w branży usług czystościowych, odnoszące się zarówno do samej usługi utrzymania czystości, jak i systemów bezpośrednio związanych z tą usługą, jak na przykład system zarządzania środowiskowego.

W wyjaśnieniach do SWZ z dnia 29 października 2021 Zamawiający potwierdził, że „uzna każdy certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostki akredytujące, oceniające". Tym samym Zamawiający doprecyzował, że użyte wcześniej w SWZ określenie „jednostka oceniająca" dla Zamawiającego oznacza każdy podmiot oceniający, akredytujący czy certyfikujący wydający stosowny certyfikat w zakresie zarządzania i utrzymania czystości.

Błędnie zinterpretował to Odwołujący, który pisze, że „Zamawiający potwierdził, że będzie oceniał jedynie certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostki akredytujące, oceniające".

Zamawiający podkreślił, że w żadnym z zapisów SWZ ani w wyjaśnieniach do SWZ, Zamawiający nie określił warunku, z którego wynikałoby, że będzie honorował certyfikaty wydane wyłącznie przez jednostki oceniające, które posiadają akredytację Polskiego Centrum Akredytacji. Jak twierdzi Odwołujący akredytacji takiej nie posiada TUV Rheinlnd Polska Sp. z o.o. Kwestionowany przez Odwołującego certyfikat Gwarant Czystości i Higieny (złożony w ofercie przez Konsorcjum Era jest jedynym programem jakościowym branży czystości rekomendowanym jako Dobra Praktyka przez Urząd Zamówień Publicznych. Dla Zamawiającego jest to wystarczająco mocnym potwierdzeniem tego, że przedmiotowy certyfikat, niezależnie od posiadanej lub nie akredytacji PCA, stanowi dowód tego, że wykonawca posiadający go należy do grona podmiotów nie tylko dbających o wysoki standard oferowanych usług, ale także dbających o czystość naszego otoczenia, która jest fundamentem lepszej jakości życia. Było to jednym z celów Zamawiającego.

Stanowisko Odwołującego tym bardziej jest dla Zamawiającego niezrozumiałe, że stosunkowo niedawno ten sam wykonawca będąc Odwołującym w postępowaniu toczącym się przed KIO (KIO 2674/19 wyrok z dnia 17 stycznia 2020 r.), gdzie zamawiającym był Szpital Wojewódzki im. Jana Pawła II w Bełchatowie, twierdził, że „posiadanie certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny staje się zjawiskiem coraz bardziej powszechnym i oczekiwanym w obrocie gospodarczym dotyczącym usług utrzymania czystości, a posiadanie tego certyfikatu służy ocenie jakości wykonywanych usług. Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny potwierdza wysoki poziom wykonywania usługi, profesjonalne kwalifikacje i profesjonalne podejście personelu sprzątającego do wykonywania zadań oraz obsługi sprzętu". Dodatkowo Odwołujący zaproponował, aby kryterium oceny określone przez Zamawiającego, który wymagał posiadania certyfikatu ISO 9001 lub równoważnego, dopuścić właśnie certyfikat Gwarant Czystości i Higieny. Celem ostatecznego wyjaśnienia

wątpliwości i określenia znaczenia przedmiotowego certyfikatu a także uzasadnienia dlaczego Zamawiający uznał go jako właściwy, Zamawiający zwrócił się do jednostki certyfikującej, tj. TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. - w załączeniu przedstawił stanowisko TUV Rheinland Polska Sp. z o.o.

W ocenie Zamawiającego, nie polega na prawdzie kolejne twierdzenie Odwołującego, że certyfikat ISO 14001 (złożony w ofercie Konsorcjum Impel), jako certyfikat zarządzania środowiskowego nie jest certyfikatem jakości. Zamawiający podkreślił, że najważniejszą rolą ISO jest właśnie określenie norm jakości obowiązujących w danej branży. Dane przedsiębiorstwo, dostosowując swoje działania do tych norm i uzyskując certyfikat ISO, potwierdza wysoką jakość swoich produktów lub świadczonych przez siebie usług. Z treści przedstawionego certyfikatu ISO 14001 wynika, iż zakresem certyfikacji jest zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości w ramach systemu zarządzania środowiskowego. Zatem certyfikat ten potwierdza zarówno jakość zarządzania, jak i samej usługi sprzątania, jednocześnie wskazując na spełnianie wszelkich standardów zarządzania środowiskowego. Zamawiający zauważył, że dopuścił wszelkie certyfikaty z zakresu zarządzania i utrzymania czystości. Nie ulega zatem wątpliwości, że certyfikat ISO 14001 spełnia warunki określone w SWZ. Certyfikat ten potwierdza bowiem to, co dla Zamawiającego miało znaczenie przy konstruowaniu kryterium. Certyfikat ISO 14001 daje gwarancję jakości, która polega na tym, że wykonawca realizujący wymagania Zamawiającego, będzie dbał nie tylko o należyte wykonanie usługi ale zadba także na przykład o redukcję zanieczyszczeń, redukcję wytwarzania odpadów i niezamierzonych emisji do środowiska. To dotyczy skutków związanych z używaniem produktów wykorzystywanych do realizacji zamówienia, z uwzględnieniem perspektywy ich cyklu życia. Założenie Zamawiającego, by punktować wykonawców w ramach pozacenowego kryterium w kategorii certyfikatu jakości, nierozerwalnie wiąże się z warunkami określonych w SWZ dotyczącymi bezpośrednio sposobu, w jaki ma być realizowana przedmiotowa usługa (§ 2 ust 11, § 5 ust 2, ust. 3, ust. 4, ust. 5 ogólnych warunków umowy stanowiących załącznik nr 6.1 do SWZ).

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający uznał zarówno certyfikat ISO 14001 złożony przez Konsorcjum Impel oraz Gwarant Czystości i Higieny złożony przez Konsorcjum Era, a tym samym, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył art. 239 ust 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Impel System Sp. z o.o., Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 1 rozdziału IV SWZ, przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowego utrzymania czystości w budynkach Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego, w podziale na 9 zadań częściowych:

1) zadanie nr 1 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego

wraz z odśnieżaniem - budynek w Katowicach przy ul. Jagiellońskiej 25. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.1 do SWZ.

2) zadanie nr 2 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem - budynek w Katowicach przy ul. Powstańców 41a. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.2 do SWZ.

3) zadanie nr 3 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem - budynek w Katowicach przy ul. Damrota 16. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.3 do SWZ.

4) zadanie nr 4 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem - budynek w Częstochowie przy ul. Sobieskiego 7. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.4 do SWZ.

5) zadanie nr 5 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem - budynek w Bielsku-Białej przy ul. Piastowskiej 40. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.5 do SWZ.

6) zadanie nr 6 - utrzymanie czystości w budynku oraz utrzymanie terenu zewnętrznego wraz z utrzymaniem zieleni oraz odśnieżaniem - budynek w Tychach przy ul. Przemysłowej 61. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.6 do SWZ.

7) zadanie nr 7 - utrzymanie czystości w lokalu Terenowego Punktu Paszportowego w Rybniku przy ul. 3 Maja 31. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2.7 do SWZ.

8) zadanie nr 8 - utrzymanie czystości w lokalu Terenowego Punktu Paszportowego w Żorach przy ul. Bramkowej 28. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik

nr 2.8 do SWZ.

9) zadanie nr 9 - utrzymanie czystości w lokalu Terenowego Punktu Paszportowego w Tychach przy ul. Barona 30. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr

2.9 do SWZ.

W pkt 2 wskazano, że „Do każdego zadania został opracowany opis przedmiotu zamówienia zawierający:

a) szczegółowy opis budynku,

b) zakres realizacji usługi (dla zadania nr 1, z uwagi na specyfikę pomieszczeń, został opracowany odrębny zakres dla Wydziału Powiadamiania Ratunkowego)".

W pkt 7 wskazano, że „Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera OPZ, stanowiący załączniki nr 2.1-2.9 do SWZ."

Zgodnie z pkt 3 rozdziału IX SWZ, „Przedmiotowe środki dowodowe, które Wykonawca

składa wraz z ofertą:
1) Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę oceniająca w formie uwierzytelnionej kopii. Dokument składa wykonawca chcący uzyskać punkty w kryterium: Certyfikat jakości usług.

2) Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający nie wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia."

Zgodnie z pkt 3 ppkt 4 rozdziału XIII:

„4) Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę oceniająca w formie uwierzytelnionej kopii. Dokument składa wykonawca chcący uzyskać punkty w kryterium: Certyfikat jakości usług;"

W pkt 1 rozdziału XVIII SWZ Zamawiający określił jedno z kryteriów oceny ofert: „Certyfikat jakości usług z wagą 20 %".

Zamawiający postanowił, że „Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę oceniająca - J - w tym kryterium punkty zostaną przyznane według następującej zasady:

Wykonawca posiadający jeden certyfikat gwarantujący jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 10 punktów. Wykonawca posiadający dwa certyfikaty gwarantujące jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 20 punktów.

Do oceny oferty w tym kryterium Zamawiający przyjmie certyfikaty złożone wraz z ofertą.

W przypadku braku certyfikatu/ów w złożonej ofercie Zamawiający nie przyzna punktów w tym kryterium.

W przypadku złożenia więcej nić dwóch certyfikatów, wykonawca otrzyma maksymalną liczbę punktów tj. 20."

W ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia 29 października 2021 r. Zamawiający odpowiedział na pytanie jednego z wykonawców o treści:

„Pytanie 27:

W SWZ w punkcie XVIII. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ

KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT przypisana została waga w wysokości 20% do kryterium „Certyfikat jakości usług".

Dalej w punkcie XVIII.1.b wskazano, że certyfikatem spełniającym kryterium jest Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę oceniającą.

Biorąc pod uwagę, że w zakresie usług czystościowych funkcjonują różne certyfikaty, bardzo proszę o informację, jakie certyfikaty spełniają wymogi tego kryterium oraz jakie „jednostki oceniające" będą przez Państwa respektowane.

Odpowiedź:

Zamawiający uzna każdy certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostki akredytujące, certyfikujące."

Konsorcjum Impel załączyło wraz z ofertą 2 certyfikaty: Certyfikat ISO 9001 - certyfikat zarządzania jakością w zakresie: Ochrony osób i mienia. Zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości oraz Certyfikat ISO 14001 - certyfikat systemów zarzadzania środowiskowego w zakresie: zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości.

Konsorcjum Era załączyło wraz z ofertą 2 certyfikaty: Certyfikat ISO 9001 - certyfikat zarządzania jakością w zakresie: Bezpośrednia ochrona fizyczna osób i mienia, monitoring, konwojowanie, techniczne zabezpieczenie mienia i usługi czystościowe oraz certyfikat Gwarant Czystości i Higieny - certyfikat branżowy w zakresie: świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością ogólną.

Zgodnie z rozdziałem XIV Opis sposobu obliczenia ceny:

„1. Wykonawca podaje cenę ofertową brutto na Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ wyliczoną jako miesięczną stawkę pomnożoną przez ilość miesięcy świadczenia usługi, tj. 24 miesięcy (w przypadku zadań częściowych 1-2, i 4-9) i 12 miesięcy (w przypadku zadania częściowego nr 3), odrębnie dla każdego zadania częściowego, dla którego wykonawca składa ofertę.

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ, w tym koszty robocizny, narzędzi, środków czystości i higienicznych, materiałów i sprzętu, dojazdu, a także innych kosztów wynikłych z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Cena musi uwzględniać obowiązujące od 1 stycznia 2022 r. stawki wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej.

3. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SIWZ ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji zamówienia.

4. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 8 % i 23%.

5. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

6. Zamawiający nie przewiduje rozliczeń w walucie obcej.

7. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert.

8. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia."

Konsorcjum Impel w złożonych ofertach na zadania częściowe nr 1-6 wyliczając ceny ofert zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23% na cały przedmiot zamówienia. Wykonawca w formularzu ofertowym podał wartość podatku VAT i przekreślił pozycję w której należało wskazać wartość podatku VAT o stawce 8%.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 r. wezwał Konsorcjum Impel na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zastosowania w ofertach częściowych na zadania nr 1-6 wyłącznie stawki podatku VAT 23%, podczas gdy usługi które wg PKWiU (81.29.12.0 usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu; 81.30.12.0 usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zielonych), mogą być objęte preferencyjną stawką 8% podatku od towarów i usług.

W dniu 30 listopada 2021 r. Konsorcjum Impel złożyło wyjaśnienia, w których potwierdziło błąd co do zastosowania w ofertach na zadania częściowe stawki podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Wykonawca wyjaśnił, że „obliczenie ceny ofertowej następowało z wykorzystaniem formularza kalkulacyjnego służącego do wyliczenia ceny ofertowej. Formularz ten podczas kalkulacji ceny ofertowej przeliczył wartość netto z zastosowaniem stawki 23%, a nie jak zostało mu zadane 23% i 8%. Wynik ww. wyliczenia został następnie przeniesiony do formularzy ofertowych. Wyjaśniamy ponadto, że przekreślenie w ww. formularzach ofertowych stawki VAT 8% nastąpiło na skutek podjętych przez osobę wpisującą cenę, działań sprawdzających. Proste działanie matematyczne polegające na powiększeniu ceny netto o kwotę podatku VAT odpowiadającej wartości 23% dało wynik pokrywający się z ceną brutto, w efekcie czego osoba sporządzająca formularz przekreśliła stawkę VAT - 8%. Wyjaśniamy jednocześnie, że osoba wpisująca cenę do formularzy ofertowych nie jest zaangażowana w analizę podatkową zamówienia. Mając na względzie, że nasze przedsiębiorstwo ofertuje zamówienia z różnymi stawkami podatku VAT, osoba ta na podstawie posiadanego doświadczenia nie miała podstaw przypuszczać lub podejrzewać, że wpisana do formularza ofertowego kwota VAT i cena brutto zawierają omyłkę."

W dniu 30 listopada 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Konsorcjum Impel na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnień, w tym wskazania elementów składowych ceny wartości netto, z uwzględnieniem podziału na dwa obszary sprzątania tj. obszar wewnętrzny i zewnętrzny, odrębnie dla każdego z zadań częściowych.

W dniu 1 grudnia 2021 r. Konsorcjum Impel złożyło wyjaśnienia zawierające informacje dotyczące wartości „obszarów sprzątania wewnętrznego oraz sprzątania zewnętrznego we wskazanej przez nas w cenie ofertowej" na poszczególne zadania częściowe. Wykonawca wskazał dla poszczególnych zadań: „cena netto [...] w tym wartość netto za obszar wewnętrzny [...] oraz zewnętrzny [...], cenę za 1 miesiąc świadczenia usługi netto [.], w tym: cenę zakupu środków dezynfekujących, środków do utrzymania czystości, artykułów higienicznych niezbędnych do zapewnienia usługi w jednym miesiącu jej trwania netto [.], w tym podatek VAT 8% [.] / VAT 23% [.] zł, koszt utrzymania urządzeń, o których mowa w załączniku nr 9 do SWZ niezbędnych do zapewnienia usługi w jednym miesiącu jej trwania [.] netto [.], w tym podatek VAT 8% [.] / VAT 23% [.] zł."

W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający dokonał poprawienia treści ofert Konsorcjum Impel w zadaniach częściowych nr 1-6 dokonując na podstawie ww. wyjaśnień wyliczenia cen brutto ofert, kwot podatku VAT odpowiednio według stawki 8% i 23% oraz ceny za 1 miesiąc świadczenia usługi brutto.

W dniu 2 grudnia 2021 r. Konsorcjum Impel wyraziło zgodę na dokonaną przez Zamawiającego poprawę omyłek w ofertach wykonawcy w zadaniach częściowych nr 1-6.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zarzut nr 1 i 2

Zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z pozycją nr 50 i 52 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 t.j. z dnia 2021.04.14) oraz art. 41 ust. 1 i 2 i art. 146aa ust. 1 i 1a ustawy o podatku od towarów i usług, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel z powodu błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT.

W związku z powyższym zarzutem potwierdził się także zarzut naruszenia art. 223 ust.1 i 2 pkt 3) Pzp, poprzez dokonanie poprawy w ofercie Konsorcjum Impel na zadania częściowe - stawki podatku VAT oraz wyliczenia kwoty należnego podatku VAT, w tym na usługi odśnieżania i na utrzymanie, pielęgnacji terenu zielonego objęte zamówieniem opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 8%, która nie została zastosowana przez Konsorcjum Impel przy kalkulacji ceny oferty.

Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, w ramach Zadania nr 1, 2, 3 i 6 wykonawcy będą wykonywać m.in. usługę utrzymania terenu zewnętrznego wraz z odśnieżaniem. Usługi polegające na odśnieżaniu, jak i usługi polegające na utrzymaniu, pielęgnacji terenu zielonego są opodatkowane stawką 8% podatku VAT. Stawkę 8% stosuje się do usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 t.j. z dnia 2021.04.14). W pozycji nr 50 tego

załącznika są wskazane usługi usuwania śniegu, zaś w pozycji nr 52 - usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Konsorcjum Impel w ofercie na zadania nr 1, 2, 3, 4, 6 zastosowało w całości stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Fakt, że zastosowanie stawki podatku VAT w stosunku do całości przedmiotu zamówienia w wysokości 23% jest nieprawidłowe nie był sporny pomiędzy stronami. Przystępujący - Konsorcjum Impel - potwierdził ten fakt również w wyjaśnieniach z dnia 30 listopada 2021 r. złożonych Zamawiającemu na wezwanie skierowane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W wyjaśnieniach tych wykonawca przyznał, że w ofercie zastosował błędną stawkę podatku VAT przy wyliczeniu ceny oferty na poszczególne zadania częściowe.

Nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Taka cena jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, skalkulowanymi z uwzględnieniem prawidłowej stawki tego podatku.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał poprawienia oferty Konsorcjum Impel złożonej na Zadanie nr 1, 2, 3 i 6 na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający w oparciu o złożone przez Konsorcjum Impel wyjaśnienia zmienił zastosowaną w ww. ofertach stawkę podatku VAT z 23 % na 8%, w zakresie usług dotyczących terenów zielonych i dokonał obliczenia należnych kwot podatku VAT według stawki 23% i 8 % oraz dokonał poprawienia ceny poszczególnych ofert.

Powyższe działanie Zamawiającego, w ocenie Izby, wykraczało poza dyspozycję art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz art. 223 ust. 1 Pzp poprzez niedozwolone negocjowanie z wykonawcą treści złożonej oferty.

W treści SWZ (w tym formularza ofertowego) Zamawiający, co prawda, podał dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 23% mające zastosowanie do przedmiotu zamówienia, ale nie określił, która stawka jest prawidłowa dla konkretnych usług objętych zamówieniem i nie wskazał zakresu przedmiotu zamówienia, do którego powyższe stawki mają zastosowanie. Obowiązkiem wykonawcy było przyporządkowanie sprzedaży usług do określnej, właściwej stawki podatku VAT, która wynika z przepisów ustawy o VAT i uwzględnienie jej w cenie oferty, stosownie do rodzaju świadczenia. Prawidłowe zastosowanie wskazanych przez Zamawiającego w SWZ stawek podatku VAT było obowiązkiem wykonawcy.

Jak wynika z treści złożonego przez Konsorcjum Impel formularza ofertowego, stawka 8% VAT zawarta przez Zamawiającego w formularzu ofertowym (obok stawki 23%) została w sposób niebudzący wątpliwości wykreślona przez Konsorcjum Impel i dla całości usług wykonawca zastosował stawkę w wysokości 23%.

Bezsprzecznie zatem Konsorcjum Impel zastosowało błędną stawkę podatku VAT w wysokości 23% do całego przedmiotu zamówienia w poszczególnych zadaniach,

podczas gdy w odniesieniu do części usług powinien zastosować stawkę 8%.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 (sygn. akt III CZP 52/11), błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powyższa uchwała ma zastosowanie do aktualnie obowiązującego art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp, który zobowiązuje Zamawiającego do poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, pod warunkiem, że nie powoduje ona istotnych zmian w treści oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie wystąpiły przesłanki do dokonania poprawy treści oferty Konsorcjum Impel, jako innej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 30 listopada 2021 r. otrzymał wyjaśnienia Konsorcjum Impel, z których wynika, że przy wyliczeniu ceny poszczególnych ofert wykonawca popełnił błąd, przez zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT, tj. 23%. Wykonawca powołał jako przyczynę błędu okoliczność, że „obliczenie ceny ofertowej następowało z wykorzystaniem formularza kalkulacyjnego służącego do wyliczenia ceny ofertowej. Formularz ten podczas kalkulacji ceny ofertowej przeliczył wartość netto z zastosowaniem stawki 23%, a nie jak zostało mu zadane 23% i 8%".

W ocenie Izby, powyższe wyjaśnienie nie jest wiarygodne. Nie sposób bowiem racjonalnie przyjąć, że formularz kalkulacyjny działa niezależnie od woli osoby, która z niego korzysta. Zatem formularz wyliczył cenę na podstawie zadanych mu danych. Formularz jest tylko narzędziem, którego błąd musiałby wykonawca wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, co w niniejszej sprawie nie nastąpiło.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Zamawiający aż dwukrotnie był zmuszony zwracać się do Konsorcjum Impel o wyjaśnienia, aby skorygować ofertę Konsorcjum Impel. Zamawiający poprosił wykonawcę m.in. o rozbicie poszczególnych cen złożonych ofert z uwzględnieniem obszarów wewnętrznych i zewnętrznych wykonywanych usług. Dopiero w oparciu o tak szczegółowe informacje, które, co należy podkreślić, nie były wymagane od wszystkich wykonawców na podstawie SWZ, Zamawiający dokonał obliczenia na nowo w ofercie poszczególnych wartości - podatku VAT ze stawką 8% i 23%, ceny usługi za jeden miesiąc i wyliczenia cen brutto. Zamawiający dokonał tych wszystkich obliczeń zastępując wykonawcę, a przy tym opierając się na nowych informacjach, uzyskanych od wykonawcy odnośnie kalkulacji cen poszczególnych zadań.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że nawet, gdyby rozważać błędy w ofercie Konsorcjum Impel na zadania częściowe, jako inne omyłki, to dokonany zakres poprawy treści oferty wskazuje, że omyłki te były istotne - powodowały istotną zmianę treści złożonej oferty. Omyłki powyższe musiały być bowiem poprawione przy użyciu informacji, które w żaden sposób nie wynikały z treści złożonej oferty. Zamawiający nie może w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zmienić wartości składowych ceny oferty wpisanych w pozycjach formularza oferty, gdy nie jest możliwe wyliczenie tych wartości na podstawie danych zawartych w ofercie lub choćby wynikających z treści oferty lub też pochodzących z treści SWZ. Z tego względu, w ocenie Izby, Zamawiający naruszył zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i przepis art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na zadania częściowe.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy w niniejszym postępowaniu Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty Konsorcjum Impel w zadaniach nr 1, 2, i 6, w których oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zarzut nr 3 A

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum Impel zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium - certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania usług, z uwagi na okoliczność, że Certyfikat ISO 14001 nie spełnia wymogów Zamawiającego, określonych w SWZ co do jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości. Powyższy certyfikat jest certyfikatem potwierdzającym wdrożenie systemów zarządzania środowiskowego w zakresie: zarządzanie i realizacja usługi utrzymania czystości. System Zarządzania Środowiskowego zgodny z normą ISO 14001:2015, obejmuje aspekty oddziaływania danej organizacji na środowisko i możliwości ochrony środowiska naturalnego w ramach tej organizacji. Istotą normy ISO 14001 jest wspomaganie organizacji w zarządzaniu wpływem jej działań, wyrobów i usług na środowisko oraz minimalizacja tego oddziaływania i efektywne wykorzystanie dostępnych zasobów. Jest to ważny aspekt działalności każdego

przedsiębiorcy, jednak Zamawiający nie wymagał posiadania certyfikatu w powyższym zakresie.

W konsekwencji za ten certyfikat wykonawca nie powinien otrzymać 10 punktów. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że oferta Konsorcjum Impel podlega odrzuceniu w zadaniach 1, 2 i 6 (zarzut nr 1 i 2 ), ocena oferty w ramach tego kryterium pozostaje bez znaczenia w postępowaniu.

Zarzut nr 3 B

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez przyznanie Konsorcjum Era zbyt wysokiej liczby punktów w kryterium jakość.

Zamawiający zgodnie z pkt 3 ppkt 1 rozdziału IX oraz pkt 2b rozdziału XVIII SWZ, wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego na potrzeby oceny oferty w ramach kryterium oceny ofert - Certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości - wydany przez jednostkę oceniającą. Wykonawca posiadający jeden certyfikat gwarantujący jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 10 punktów. Wykonawca posiadający dwa certyfikaty gwarantujące jakość usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostkę/podmiot certyfikujący otrzyma 20 punktów.

W wyjaśnieniach treści SWZ - w odpowiedzi z dnia 29 października 2021 r. na pytanie 27, Zamawiający jednoznacznie wskazał, że „uzna każdy certyfikat jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości wydany przez jednostki akredytujące, certyfikujące.” Zatem, Zamawiający nie zawęził tego kryterium włącznie do certyfikatów pochodzących od jednostek posiadających akredytację Polskiego Centrum Akredytującego. Zgodnie z SWZ, wykonawcy mogli złożyć zatem certyfikaty wydane przez jednostkę, która nie posiada akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie jakości usług, zarządzenia i utrzymania czystości. Niewątpliwie taką jednostką jest TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu.

Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny przedstawiony przez Konsorcjum Era potwierdza jakość usług zarządzania i utrzymania czystości, zgodnie z wymogami programu Gwarant Czystości i Higieny. Jest to certyfikat branżowy wydawany przez jednostką TUV Rheinland Polska Sp. z o.o. w zakresie: „świadczenia usług utrzymania czystości ze specjalnością ogólną” potwierdzający na podstawie audytu spełnienie wymagań programu Gwarant Czystości i Higieny. Z treści certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny wynika potwierdzenie jakości usług w zakresie zarządzania i utrzymania czystości - że wykonawca Era sp. z o.o. spełnia wymogi programu Gwarant Czystości i Higieny.

W związku z powyższym należało uznać, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Era na zadania nr 1, nr 2 i nr 3 w ramach kryterium „Certyfikat jakości usług”.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....